Sygn. akt: KIO 488/19

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Grodków, ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków**,

przy udziale:

A.wykonawcy **A. S.-J.** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Budownictwa Ogólnego "DROBUD" A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B.wykonawcy **R. W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **WASBUD R. W., ul. Wrocławska 51, 49-200 Grodków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Grodków, ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o. z siedzibą w Oleśnicy** tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od **Gminy Grodków** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o. z siedzibą w Oleśnicy** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 488/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Grodków ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na roboty budowlane o wartości zamówienia poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w Gminie Grodków - etap II - Kopice i Kopice-Leśnica - część I", nr sprawy IGP.VI.271.5.2019 zwanym dalej „Postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 514226-N-2019 z dnia 2019-02-14 r.

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Spółka z o.o. ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica wniósł odwołanie od czynności i zaniechać Zamawiającego w toku postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj. naruszenie:

1.art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy pzp, przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Ustawą zaniechanie wykluczenia Wykonawcy R. W. „WASBUD", ul. Wrocławska 51, 49-200 Grodków, dalej „WASBUD", z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. W świetle powyższego mogło dojść do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 pzp w zakresie zaniechania wezwania WASBUD do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2.art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, przez niezgodne z Ustawą Pzp zaniechanie wykluczenie WASBUD z uwagi na nie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - ponieważ jak wskazuje w treści Sekcji IX pkt 2 ppkt 1 SIWZ - IDW, Zamawiający, wymagał, aby wykonawcy wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, /…/, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie co najmniej 2,5 km kanalizacji sanitarnej, czego nie wykazał WASBUD. W tym względzie doszło do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 pzp w zakresie zaniechania stosownym wyjaśnień lub uzupełnień.

3.art. 26 ust. 3 pzp, przez zaniechanie wezwania WASBUD w sytuacji, gdy WASBUD nie udowodnił, że realizując zamówienie będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów, na których WASBUD polega tj. w zakresie niewystarczającego dla wykazania możliwości dysponowania potencjałem udostępnianym przez P.H.U.P „:KAMEL" J. S.

oraz z uwagi na niewskazanie polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie robót elektrycznych i dysponowaniem osobą pana M. W. M. Względnie w przedmiotowym zakresie doszło do zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie sposobu i zakresu dysponowania potencjałem, co ma równoczesny wpływ na treść oferty. W tym względzie doszło do ewentualnego naruszenia art. 36a, 36b, 36ba Pzp w zw. z tym, że udostępnienie potencjału przez „KAMEL" J. S. dotyczy wiedzy i doświadczenia niezbędnego dla wykonania całego zamówienia, co tym samym oznaczałoby konieczność wykonania przedmiotu zamówienia w całości przez podwykonawcę, co jednocześnie stałoby w sprzeczności z ww. przepisami Ustawy.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty WASBUD jako najkorzystniejszej;

2.powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert;

3.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Prawidłowe dokonanie oceny oferty WASBUD przez Zamawiającego powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, co przybliży możliwość wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

Odwołujący podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie oceny i dokonania oferty WASBUD jako najkorzystniejszej, wskazując jak poniżej.

Ad. 1 Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 pzp, przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy „WASBUD" w Grodkowie, z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Mogło dojść do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania WASBUD do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią Sekcji IX pkt 2 ppkt 1) SIWZ - IDW, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w zakresie warunków udziału dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonali w okresie ostatnich 5 lat /…/ co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie min. 2,5 km kanalizacji sanitarnej;

Na potwierdzenie w Wykazie Wykonanych Robót WASBUD wskazał realizację „Budowa kanalizacji sanitarnej o długości 2687 mb zrealizowaną na rzecz Przedsiębiorstwa Ogólnobudowlanego SAN-EL J. S.(2), Sobiałkowo 35a, 63-910 Miejska Górka. Jako miejsce wykonania wskazano Wrocław, ul. Bierutowska.

W ocenie Odwołującego w powyższym zakresie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji, albowiem z treści Referencji z 31.10.2018 r. przedłożonej przez WASBUD nie wynika, aby przedmiotowa realizacja dotyczyła budowy kanalizacji sanitarnej. Z treści referencji wskazano, że firma P.H.U.P. „KAMEL" J. S. cyt. „(...) wykonywała roboty budowlane na budowie dwóch hal we Wrocławiu ul. Bierutowska: Sieć kanalizacji grawitacyjnej z przyłączami zakres średnic fi160 do fi200 - 2687 m".

W przedmiotowym zakresie doszło do podania nieprawdziwym informacji, albowiem bezpodstawnie w Wykazie Wykonanych Robót WASBUD podał, iż były to roboty dotyczące budowy kanalizacji sanitarnej, pomimo, iż nie wskazuje na to w jakimkolwiek stopniu treść przedłożonej referencji. Przedłożona referencja zaświadcza odmienny stan faktyczny zrealizowanych robót od tego, który został wskazany w wykazie. Mając na uwadze wskazanie w referencji, że roboty wykonywane były na budowie dwóch hal we Wrocławiu, to powyższe wskazuje, że przedmiotem wykonywanych robót była kanalizacja przemysłowa (dotycząca ścieków przemysłowych) a nie kanalizacja sanitarna (dotycząca ścieków bytowych). Na powyższe rozróżnienie definicji wskazuje się w ustawie z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo Wodne — art. 16 pkt 62) - 64). Zgodnie z art. 16 pkt 62) prawa wodnego przez ścieki bytowe rozumie się ścieki z budynków mieszkalnych, zamieszkania zbiorowego oraz użyteczności publicznej powstające w wyniku ludzkiego metabolizmu lub funkcjonowania gospodarstw domowych oraz ścieki o zbliżonym składzie pochodzące z tych budynków - (w żargonie inżynierskim tzw. „sanitarne"). Skoro więc, wymogiem Zamawiającego ustalonym w treści SIWZ była budowa, rozbudowa lub przebudowa kanalizacji sanitarnej, to tym samym nie może być uznana za spełniającą warunek kanalizacja realizująca inne cele - w przedmiotowym przypadku zapewniająca odprowadzania ścieków przemysłowych z dwóch hal wskazywanych w referencji. W tym zakresie pomimo, braku informacji zawartej w treści referencji, iż przedmiotowa budowa dotyczyła kanalizacji sanitarnej, a wręcz zawarciu odmiennych informacji świadczących, o tym że była to kanalizacja przemysłowa, WASBUD pomimo powyższego, oświadczył przy świadomości takiego stanu rzeczy (wynikającego co najmniej z treści referencji), że były to roboty dotyczące kanalizacji sanitarnej, co świadczy o złożeniu nieprawdziwych informacji.

Jednocześnie jako nieprawdziwe, na podstawie doświadczenia życiowego i realiów wynikających z branży tego rodzaju robót i obiektywnie niemożliwe do przyjęcia są informacje wskazujące jakoby realizacja sieci kanalizacji o długości 2687 mb została zrealizowana w przypadku budowy dwóch hal. Wieloletnie doświadczenia Odwołującego pokazują iż powierzchnie działki, na których miała miejsce budowa 2 hal, aby wykonać taką długość kanalizacji, musiałyby wynosić przynajmniej kilkanaście hektarów - Odwołujący dokonał wizji lokalnej oraz przeglądał mapy geodezyjne i nie znalazł potwierdzenia, aby tym rejonie gdzie budowano 2 hale powierzchnia działek była tak znacząca. Znamienny w tym względzie jest brak podania przez WASBUD jednoznacznej/precyzyjnej informacji co do lokalizacji przedmiotowej inwestycji - wskazano jedynie ul. Bierutowską we Wrocławiu, pomimo, że istnieją dużo bardziej precyzyjne możliwości wskazania lokalizacji w zakresie budowanych kanalizacji i realizowanych robót. Równolegle nie wskazano również docelowego Inwestora, co umożliwiłoby Zamawiającemu dokładniejsze zweryfikowanie zakresu realizowanych robót. Zarówno zasady logiki oraz doświadczenia życiowego wskazują że również w tym zakresie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. W tym przypadku Zamawiający zobligowany był co najmniej wyjaśnić przedmiotową kwestię i uzyskać wyjaśnienie wątpliwości, które narzucają się w oczywisty sposób.

Odwołujący podczas rozprawy przedstawi dalej idącą argumentację i dowody.

Zamawiający zaniechał podstawowych działań mających na celu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - jak wskazuje się w orzecznictwie KIO – „Zamawiający, stojąc na straży zasady równego i niedyskryminującego traktowania wszystkich wykonawców, winien w takiej sytuacji dołożyć wszelkich starań, aby sprawę wyjaśnić maksymalnie obiektywnie" (KIO 345/17, Legalis).

Ad. 2 Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, przez zaniechanie wykluczenie WASBUD z uwagi na nie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu z Sekcji IX pkt 2 ppkt 1 SIWZ – IDWW tym względzie doszło do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 pzp w zakresie zaniechania stosownym wyjaśnień lub uzupełnień.

Na potwierdzenie wymogu w Wykazie Wykonanych Robót WASBUD wskazał realizację „Budowa kanalizacji sanitarnej o długości 2687 mb zrealizowaną na rzecz Przedsiębiorstwa Ogólnobudowlanego SAN-EL J. S.(2), Sobiałkowo 35a, 63-910 Miejska Górka. Jako miejsce wykonania wskazano Wrocław, ul. Bierutowska.

W ocenie Odwołującego przedstawiona przez WASBUD robota nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze w świetle definicji zawartych w ustawie z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo Wodne - art. 16 pkt 62) - 64) przedmiotowej ustawy, należy rozróżnić poszczególne rodzaje kanalizacji, które odprowadzają ścieki bytowe (tzw. sanitarne), komunalne i przemysłowe. Zgodnie z art. 16 pkt 62 prawa wodnego przez ścieki bytowe rozumie się ścieki z budynków mieszkalnych, zamieszkania zbiorowego oraz użyteczności publicznej powstające w wyniku ludzkiego metabolizmu lub funkcjonowania gospodarstw domowych oraz ścieki o zbliżonym składzie pochodzące z tych budynków - (w żargonie inżynierskim tzw. „sanitarne"). Skoro więc, kanalizacja odprowadza inne rodzaje ścieków, albowiem pochodzące z hal i w z takim celem została zrealizowana, a więc przemysłowe, to w żadnym przypadku nie może być uznana jako kanalizacja sanitarna czyli odprowadzająca ścieki bytowe. W tym zakresie wykazana przez WASBUD realizacja nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ.

Ad. 3 Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, przez zaniechanie wezwania WASBUD w sytuacji, gdy WASBUD nie udowodnił, że realizując zamówienie będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów, na których WASBUD polega tj. w zakresie niewystarczającego dla wykazania możliwości dysponowania potencjałem udostępnianym przez P.H.U.P „:KAMEL" J. S. oraz z uwagi na niewskazanie polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie robót elektrycznych i dysponowaniem osobą pana M. W. M.. W tym względzie doszło również do zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie sposobu i zakresu dysponowania potencjałem, co ma równoczesny wpływ na treść oferty. W tym względzie doszło do ewentualnego naruszenia art. 36a, 36b, 36ba Pzp w związku z tym, że udostępnienie potencjału przez P.H.U.P „:KAMEL" J. S. dotyczy wiedzy i doświadczenia niezbędnego dla wykonania całego zamówienia, co tym samym oznaczałoby konieczność, wykonania przedmiotu zamówienia w całości przez podwykonawcę, co jednocześnie stałoby w sprzeczności z ww. przepisami Ustawy.

W odniesieniu do kwestii, iż WASBUD nie udowodnił, że realizując zamówienie będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów, na których polega tj. w zakresie niewystarczającego dla wykazania możliwości dysponowania potencjałem udostępnianym przez „:KAMEL" J. S., należy zauważyć jak poniżej. Dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne, niebudzące wątpliwości i realne, gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że dysponowanie zasobami tego podmiotu ma charakter realny. Treść zobowiązania powinna zatem bezspornie i jednoznacznie wskazywać zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Wyłącznie przez jednoznaczne określenie w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego, w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z udostępnionych mu zasobów, może nastąpić udowodnienie zamawiającemu posiadania prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji tego zamówienia (KIO 1421/17. W powyższym kontekście wątpliwości Zamawiającego powinna wzbudzić treść Zobowiązania do oddania WASBUD do dyspozycji niezbędnych zasobów w postępowaniu - podmiot trzeci w odniesieniu do zakresu dostępnych (udostępnianych) WASBUD zasobów wskazuje jedynie wiedzę i doświadczenie, nie wskazuje jednak innych niezbędnych zasobów mając na uwadze konieczność realizowania prac jako podwykonawca tj. brak przykładowo wskazania osób, sprzętu etc. - powyższy zakres został pominięty przez udostępniającego. Ponadto, udostępniający w treści zobowiązania nie wskazuje jednoznacznie zakresu swojego udziału przy wykonaniu zamówienia publicznego - zdawkowe wskazanie jedynie, że będzie to wykonanie kanalizacji sanitarnej nie jest wystarczające w kontekście tego, że WASBUD samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a zatem konieczne jest ustalenie czy podmiot udostępniający potencjał będzie wykonywał ww. prace w 100% udziału. Powyższe jest tym bardziej istotne i wymaga wyjaśnienia, albowiem jak wskazuje w Wykazie osób pan J. S.(3) przewidziany jest jako osoba zaangażowana bezpośrednio przez WASBUD tzn. że nie przez podmiot udostępniający, a co za tym idzie nie jest precyzyjne jak należy rozumieć, treść zobowiązania do udostępnienia potencjału podmiotu udostępniającego, że wykona przedmiotowe roboty w pełnym wymaganym zakresie kanalizacji sanitarnej. W powyższym kontekście skoro WASBUD nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych dot. kanalizacji sanitarnej to w jaki sposób nie posiadając wymaganego doświadczenia będzie realizował/nadzorował prace poprzez wskazanego Kierownika robót zaangażowanego na umowę o pracę przez WASBUD. Powyższe okoliczności stoją ze sobą w sprzeczności. Odwołujący zwraca uwagę, że na obowiązek przeprowadzenia realnej oceny polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego wskazywał sam Zamawiający w SIWZ - Sekcja IX pkt 3 ppkt 3: „Zamawiający będzie oceniał, czy udostępnianie wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwala na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-22" W konsekwencji mając na uwadze wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie przez podmiot udostępniający potencjał, ryzyko/wątpliwość co do pełnej (w 100%) realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający potencjał oraz konieczność zbadania możliwości realnego udostępnienia potencjału podmiotu udostępniającego, zachodzi obiektywna konieczność wyjaśnienia sposobu i zakresu udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia oraz ustalenie treści przedstawionego w tym zakresie zobowiązania, w kontekście ww. uchybień i wątpliwości.

Podobnego rodzaju jak powyższe wątpliwości i sprzeczności zachodzą w zakresie wskazanego w Wykazie osób pana M. W. M. Kierownika robót elektrycznych - w przedmiotowym zakresie dodatkowo powstaje wątpliwość dot. braku zobowiązania podmiotu trzeciego firmy LUXX M. S. wskazanej jako podwykonawcy w zakresie robót elektrycznych. Skoro ww. pan M. W. M. Kierownik robót elektrycznych jest angażowany przez WASBUD na podstawie umowy zlecenie,

a jednocześnie WASBUD wskazuje, że przedmiotowy zakres robót elektrycznych będzie wykonywany przez podwykonawcę ww. firmę LUXX M. S., to w tym zakresie nie złożono wymaganego zobowiązania do udostępnienia potencjału, a przynajmniej nie doszło do wyjaśnienia ww. aspektów, co prowadzi do wniosku, że doszło do naruszenia postanowień art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp.

Ponadto w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu - poleganiu w pełnym zakresie na potencjale podmiotu trzeciego, zaangażowaniu tego podmiotu w realizacji całości przedmiotu zamówienia - zachodzi dalej idąca wątpliwość z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa. Ustalenie, iż zakres zobowiązania podmiotu udostępniającego potencjał tj. zobowiązanie do wykonania pełnego zakresu prac polegających na wykonaniu kanalizacji sanitarnej stanowi o niezgodności z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Z wykładni literalnej art. 36a ust. 1 Pzp wynika, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Do możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się w uchwale z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16, w której uznała, że „prawidłowa wykładnia ustępów 1 i 2 przepisu art. 36a Pzp powinna być następująca. Przepis ust. 2 art. 36a Pzp pozwala Zamawiającemu na ograniczenie podwykonawstwa wyłącznie poprzez rodzajowe wskazanie prac, które muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę i są kluczowymi elementami danego zamówienia. To uprawnienie polega na tym, że ustawodawca przyznał zamawiającym prawo do określenia, że w całym zamówieniu są takie części (mające charakter kluczowych), które nie mogą być w danym postępowaniu podzlecane podwykonawcom. Jednakże uprawnienie to nie zmienia treści ust. 1 art. 36a ustawy Pzp, bowiem ani zamawiający ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu możliwe będzie podzlecenie całości zadania do wykonania. Zatem, zamawiający w ramach uprawnienia wynikającego z ust. 2 art. 36a ustawy Pzp może jedynie dokonać wyboru konkretnych elementów (części zamówienia), co do których nie będzie działał art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli więc zamawiający nie określił zakazu rodzajowego dla części robót, co do których obowiązuje zakaz podzlecenia, to oznacza to, że jedynie powtórzył zasadę zakazu podzlecenia całości zamówienia określoną w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp.”.

Izba zwróciła również uwagę, że „przedmiotowe stanowisko prezentowane już było w orzecznictwie. Wystarczy wskazać na orzeczenie Izby z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. akt: 1075/14, w którym wskazano: „Odnosząc się do dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa przy realizacji zamówienia publicznego Izba powzięła wątpliwość, co do możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia w całości. Należy mieć bowiem na względzie, że zarówno przepis art. 36a ust. 1 pzp, jak i definicja umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b pzp) odnoszą się explicite do realizacji części zamówienia. Należy również zwrócić uwagę na odmienną konstrukcję przepisu art. 36a ust. 1 pzp i jego poprzednika w postaci art. 36 ust. 5 in principio pzp, który traktował o możliwości powierzenia wykonania zamówienia bez doprecyzowania, czy chodzi o jego całość, czy tylko oznaczoną część, podczas gdy obecnie obowiązujący przepis takie wskazanie zawiera. Izba dostrzega wprawdzie, że taka interpretacja art. 36a ust. 1 rodzić może trudności w ustaleniu znaczenia użytego w nim pojęcia „części zamówienia" (de lege lata nie jest wiadome, czy należy odnosić je tylko do sytuacji, w których - zgodnie z przepisem art. 36 ust. 2 pkt 1 - przedmiot zamówienia podzielony został na części, czy też do wszystkich udzielanych przez zamawiających zamówień, a jeśli tak, to czy i w jaki sposób określać minimalny poziom partycypacji wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w realizacji zamówienia publicznego), co nie zmienia faktu, że w jego świetle faktyczne scedowanie realizacji całości zamówienia na podmiot trzeci wydaje się niedopuszczalne. Przeciwne zapatrywanie prowadziłoby bowiem do obejścia zasady z art. 7 ust. 3, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami. Prezentowana przez Przystępującego liberalna interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 prowadziłaby w istocie do sytuacji, w której zamawiający, do czasu rozpoczęcia realizacji udzielonych zamówień, nie mieliby wiedzy o tym, jaki podmiot będzie je faktycznie realizował, bowiem wskazania nazw (firm) podwykonawców mogą żądać jedynie w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na ich zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (argument z art. 36b ust. 1 Pzp). Możliwą konsekwencją takiej interpretacji przepisów dotyczących podwykonawstwa byłoby również funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywania przetargów (także za pomocą potencjału podmiotów trzecich), nie zaś realizacja zakontraktowanych z zamawiającymi zamówień.”.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że z przepisu art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b Pzp wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy. Teza ta wpisuje się również w przepis art. 7 ust. 3 Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy. Z kolei przepis art. 36a ust. 2 Pzp daje zamawiającemu uprawnienie do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia przez wykonawcę, jednakże brak takiego zastrzeżenia, w ocenie KIO, nie powoduje, że możliwe jest wtenczas wykonanie całości zamówienia przez podwykonawcę, bowiem to sprzeciwiałby się treści przepisu art. 36a ust. 1 Pzp.

W konsekwencji, w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy Ustawy, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum.

W sprawie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego złożył wykonawca A. S.-J. działająca pod firmą Drobud A. S.-J. w Opolu.

Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania. Stwierdził, że z samego wskazania w referencjach, iż wykonawca realizował prace polegające na wykonaniu kanalizacji grawitacyjnej, nie wynika jeszcze, iż rzeczywiście była to kanalizacja sanitarna, a nie np. przemysłowa lub burzowa. Wskazał, że kanalizacja grawitacyjna stanowi jeden z rodzajów klasyfikacji wg kryterium hydraulicznych warunków przepływu ścieków (obok kanalizacji ciśnieniowej i podciśnieniowej). Natomiast w sprawie ma znaczenie rodzaj odprowadzanych ścieków. Wskazał też na wątpliwości co do długości przedmiotowej kanalizacji, co powinno być wyjaśnione dodatkowymi dokumentami.

Podzielił także zarzuty co do możliwości dysponowania przez wykonawcę dostatecznymi zasobami.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego.

Wskazał na warunek udziału w postępowaniu określony w R. IX siwz /cytowany wyżej w treści odwołania/.

Stwierdził, że wykonawca WASBUD wraz ofertą złożył zobowiązanie podmiotu PHUP KAMEL J. S. do oddani

wykonawcy niezbędnych zasobów w postępowaniu tj. wiedzę i doświadczenie na okres trwania zadania. Udział podmiotu jako podwykonawca w zakresie wykonania kanalizacji sanitarnej. Zobowiązanie zawiera oświadczenie w zakresie czynnego udziału, potwierdzenie że podmiot wykona roboty budowlane, których zdolności dotyczą.

W formularzu wykonawca zadeklarował zamiar powierzenia części zamówienia podwykonawcom: PHUP KAMEL J. S. – kanalizacja sanitarna, montaż przepompowni, tłoczni oraz Firmie LUXX M. S. – roboty elektryczne.

Wymagane oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zostały złożone.

Wykonawca WASBUD, którego oferta została oceniona najwyżej złożył na wezwanie zamawiającego dokumenty:

1/ wykaz robót, w którym wskazał zamówienie: Budowa kanalizacji sanitarnej o długości 2.687 mb, podmiot na rzecz którego roboty zostały wykonane: Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane SAN-EL J. S.(2), Sobiałkowo 35a, 63-910 Miejska Górka, miejsce wykonania: Wrocław, ul. Bierutowska, data wykonania od 05.03.2018 r. do 31.10.2018 r., wartość zamówienia 891.750,00 zł;

2/ referencje wystawione przez SAN-EL J. S.(2) potwierdzające wykonanie robót budowlanych na budowie dwóch hal we Wrocławiu ul. Bierutowska, m.in.: sieć kanalizacji grawitacyjnej z przyłączami zakres średnic fi 160 do fi 200 – 2.687 m. Referencje potwierdzają, ze prace zostały wykonane z należytą dokładnością, zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami;

3/ wykaz osób, w którym wskazano J. S.(3)jako kierownika budowy na podstawie umowy o pracę i M. W. M. jako kierownika robót elektrycznych na podstawie umowy zlecenia.

Zamawiający wskazuje na ciężar dowodu na podstawie art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp i zauważa, że stawiający zarzuty odwołania obowiązany był udowodnić, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zauważył, że odwołujący podniósł, iż wskazana w referencjach kanalizacja stanowiła „kanalizację przemysłową" a nie „sanitarną", opierając się na definicji słownikowej z ustawy Prawo wodne dla pojęć „ścieki przemysłowe" i „ścieki bytowe". Zauważył, że pojęcia kanalizacji przemysłowej lub sanitarnej nie są zdefiniowane w ustawie, a odwołujący samodzielnie stworzył definicje wskazując „w żargonie inżynierskim" tzw. „sanitarne". Zamawiający wskazuje przy tym na brak definicji „kanalizacji przemysłowej", a ścieki przemysłowe również mogą być odprowadzane urządzeniami kanalizacji sanitarnej.

Neguje także zarzut, że WASBUD nie podaje precyzyjnej lokalizacji przedmiotowej inwestycji; nie było takiego obowiązku, a przy budowie kanalizacji sanitarnej o długości 2687 m nie sposób wskazać dokładnej lokalizacji z podaniem numerów nieruchomości.

Zamawiający nie widział potrzeby dokładniejszego definiowania w siwz pojęcia „kanalizacja sanitarna" wskazując, że przedmiotem zamówienia jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej oraz tłocznej.

W ocenie zamawiającego oświadczenie wykonawcy nie stoi w sprzeczności z przedłożonymi referencjami, ponieważ kanalizacja grawitacyjna jest najbardziej powszechnym sposobem przesyłania ścieków sanitarnych i jest to system kanalizacji sanitarnej. Zdaniem zamawiającego nie przedstawiono dowodów na potwierdzenie tezy o braku realizacji przez podmiot udostępniający zasoby, roboty odpowiadającej wymogom siwz w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji również wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania warunku. Treść złożonych dokumentów i oświadczeń nie została skutecznie zakwestionowana. W takim stanie zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy WASBUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 lub 17 ustawy pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy pzp w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający przypomniał, że otrzymał wymagane postanowieniami siwz oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunku. Ich treść tj. w wykazie oraz referencjach, nie musi być identyczna, bowiem inny jest cel i rola tych dokumentów. Jak wynika z przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów /…/ zamawiają może żądać takich dokumentów jak wykaz robót budowlanych, ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie / …/. Referencje nie muszą być wystawiane na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i często w praktyce nie są, zatem ich treść nie musi w pełni odpowiadać treści postawionego warunku udziału w postępowaniu. Na podstawie treści złożonego wykazu zamawiający ocenia, czy wykonawca posiada wymaganą zdolność techniczną lub zawodową, w niniejszym postępowaniu, czy wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie co najmniej 2,5 km kanalizacji sanitarnej. Treść referencji musi umożliwiać powiązanie tego dokumentu z daną pozycją w wykazie, a ponadto dokument ten musi potwierdzać należyte wykonanie roboty. Wywody odwołującego na temat koniecznego stopnia szczegółowości dokumentu referencji są w dużym stopniu oderwane od przepisów regulujących ten przedmiot.

Treść dokumentu wystawionego dla PHUP KAMEL J. S. potwierdza należyte wykonanie wskazanych robót i umożliwia powiązanie dokumentu z robotą z wykazu.

Z tego względu zamawiający nie miał podstaw do wzywania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp do złożenia dodatkowych dokumentów lub wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu robót lub referencji. Zamawiający stwierdza, że nie był w posiadaniu żadnych informacji, które zaprzeczałyby treści złożonych informacji.

Również zobowiązanie ww podmiotu wskazuje w sposób czytelny sposób udostępnienia zasobu w sytuacji, gdy podmiot ten uczestniczy w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca w zakresie zasobu, którego użycza (budowa kanalizacji sanitarnej).

Za nieuzasadniony uznaje także zamawiający zarzut niewskazania polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie robót elektrycznych i dysponowania osobą kierownika robót elektrycznych – pana W. M. W formularzu oferty wykonawca zadeklarował zamiar powierzenia części zamówienia podwykonawcy LUXX M. S. – roboty elektryczna. Natomiast w wykazie osób na wymagane przez zamawiającego stanowisko kierownika robót elektrycznych wskazuje p. M. oraz jako podstawę dysponowania wskazuje umowę zlecenie. W ocenie zamawiającego jest to tzw. bezpośrednie dysponowanie osobą, co do której można twierdzić, że stanowi jego własny potencjał.

W praktyce postępowań występują sytuacje, gdy na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego personelu wskazuje się osoby bezpośrednio współpracujące z wykonawcą, ale nie będące jego pracownikami. Mogą to być także osoby, które na dzień składania oferty nie są związane z wykonawcą żadną umową, a jedynie zobowiązały się do udziału w realizacji zamówienia dopiero w sytuacji wygrania postępowania przez wykonawcę.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 36a, 36b i 36ba ustawy pzp w związku z tym, że kierownik budowy oraz kierownik robót elektrycznych powinni być zatrudnieni przez podwykonawców realizujących część zamówienia, zamawiający zauważa, że z żadnego z dokumentów nie wynika, iż wykonawca zamierza podzlecić całość zamówienia podwykonawcom; zgodnie z ofertą podwykonawcy wykonają części zamówienia: KAMEL J. S. – kanalizacja sanitarna, montaż przepompowni, tłoczni oraz Firma LUXX M. S. – roboty elektryczne.

Zgodnie z opz oprócz robót powierzonych podwykonawcom pozostają do wykonania roboty znacznej wartości i zakresu polegające m. in. na pracach rozbiórkowych, odtworzeniu nawierzchni dróg, zagospodarowanie ternu, wykonanie przykanalików oraz przyłączy. Zakres powierzenia części zamówienia do wykonania podwykonawcom w niniejszym postępowaniu nie naruszał postanowień siwz.

W sprawie o sygn. KIO 488 /19 wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na treść warunków udziału w postępowaniu wskazując, że pojęcie instalacji kanalizacyjnej zostało zdefiniowane w prawie, a sanitarnej nie. Także zamawiający posługuje się w dokumentacji pojęciem kanalizacji grawitacyjnej zamiennie z sanitarną. Zauważył, że np. zgodnie orzeczeniem KIO 1262/09 „W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przyjmuje się, iż pojęć posiadających swoje ustawowe definicje i odniesienia, używa się w znaczeniu nadanym przez ustawodawcę, chyba że zamawiający nada im znaczenie odmienne (ujawnione w siwz, ogłoszeniu o zamówieniu, itp. dokumentach). „Branża wodno-kanalizacyjna jest pojęciem potocznym, utożsamianym z częścią specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych , wodociągowych i kanalizacyjnych (art. 14 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz.U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.)".

Z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu istotne jest oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunku, albowiem nie ma on wpływu na treść przekazanej referencji, która nie jest sprzeczna z oświadczeniem przystępującego.

Dokument referencji służy przy tym jedynie potwierdzeniu należytego wykonania prac referencyjnych, natomiast dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy składane w formie wykazu robót.

Stwierdził, że odwołujący nie udowodnił zasadności podniesionych zarzutów.

Wskazał, że nie zamierza powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcom, co wynika z treści dokumentacji ofertowej.

Wykazał zasadnie powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, z których każdy będzie wykonywać część zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Wobec stwierdzenia braku wykazania, że informacje w wykazie robót przedłożonym przez przystępującego wprowadzają zamawiającego w błąd, nie jest możliwym uznanie również, że podlegał on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp. Brak przesłanek do zastosowania art. 87 ust. 1, jak również zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 pzp jest niezasadny.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska.

Odwołujący podtrzymał twierdzenie o rozumieniu pojęcia kanalizacja w zależności od rodzaju odprowadzanych ścieków oraz systemach kanalizacyjnych opierających się na warunkach przepływu ścieków (grawitacyjna, ciśnieniowa, podciśnieniowa). Uznał, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, ponieważ z treści referencji z dnia 31.10.2018 r przedłożonej przez WASBUD nie wynika, aby przedmiotowa realizacja dotyczyła budowy kanalizacji sanitarnej. W jej treści wskazano, że firma PHUP KAMEL J. S. „/…/ wykonywała roboty budowlane na budowie dwóch hal we Wrocławiu ul. Bierutowska: Sieć kanalizacji grawitacyjnej /podkr. Odwołującego/ z przyłączami zakres średnic Ø 160 do Ø 200 – 2687 m".

Na potwierdzenie odwołujący złożył mapę działki nr 8/15 przy ul. Bierutowskiej, obręb ewidencyjny Psie Pole 0059 AM10, jednostka ewidencyjna 026401_1.

Z analizy mapy wywiódł, że kanalizacja sanitarna ma jedynie 449 m, a nie co najmniej 2500 m, tak jak wymagał zamawiający. Z mapy wynika, że w ramach inwestycji wykonano również kanalizację deszczową, która jest całkiem innym typem kanalizacji niż sanitarna, a zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu kanalizacji sanitarnej. Jednak nawet abstrahując od typów kanalizacji wybudowanych w ramach tej inwestycji, łączna suma długości obu typów kanalizacji nie przekracza wymaganych 2500 m, ponieważ wynosi ok. 2200 m wbrew deklarowanej długości 2687 m. Oznacza to nie wykazanie spełnienia warunku. Jak wykazano, na nieruchomości wykonano również kanalizację deszczową (tj. łącznie około 2200 m, w tym ok. 449 m kanalizacji sanitarnej i ok. 1751 m deszczowej, która wg odwołującego sanitarną nie jest, jako służąca odprowadzaniu wód opadowych i roztopowych.) W tym świetle stwierdził, że w ramach kwestionowanej inwestycji nie wykonano kanalizacji sanitarnej o długości wymaganej przez zamawiającego, ani w ogóle jakiejkolwiek kanalizacji, której długość przekraczałaby 2500 m.

Odwołujący stwierdził w konkluzji, że wybrany wykonawca nie posiada wymaganego postanowieniami specyfikacji doświadczenia, a przedstawione doświadczenie podmiotu trzeciego także nie potwierdza spełnienia warunku udziału.

Ponownie wskazał na mapę załączoną do złożonego pisma procesowego i stwierdził, że wynika z niej, iż łączna długość wszystkich sieci wynosi 2 217m, a długość kanalizacji sanitarnej wynosi 456m. Przypomniał, że wymogiem było wykazanie się realizacją kanalizacji sanitarnej o długości minimum 2 500m, a wykonawca wybrany w wykazie robót zadeklarował wykonanie kanalizacji o długości 2 687 mb. Wyliczenia długości sieci uwidocznionych na mapie dokonał samodzielnie.

Zakwestionował walor dowodowy informacji zawartych w mailu z 22.03.2019, złożonym przez Zamawiającego na posiedzeniu, zarówno co do formy informacji jak i jej treści, w której nie podano miejsca ani zakresu robót i innych precyzyjnych informacji. Podtrzymał pozostałe zarzuty odwołania, w szczególności dotyczące podmiotów, które wykonywały pracę referencyjną oraz są przewidziane do udziału w realizacji tego zamówienia wskazując przy tym na osoby przewidziane na stanowiska kierownicze i do nadzorowania robót, co dodatkowo potwierdza brak doświadczenia głównego wykonawcy, a jednocześnie tych osób. Wskazał na przedmiot projektu opisanego na mapie, jako dotyczący dwóch hal, zgodnie z nazwa podaną w legendzie. Ponownie zauważył, że należy odrębnie traktować kanalizację deszczową i sanitarną. Podkreślił lakoniczność spornych referencji, które nie potwierdzają wymaganego doświadczenia i w rzeczywistości zawierają nieprawdziwe informacje. Zauważył, że mapa dotyczy projektu zamiennego, z czego można wnioskować, że wcześniej był projekt podstawowy, pierwotny lub było coś wcześniej wykonywane, a przedstawiony projekt zamienny dotyczy wykonania końcowego, w tym sieci uwidocznionych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem jak w złożonym piśmie. Stwierdził, że definicje i nazewnictwo przyjęte przez Odwołującego nie wynikają z przepisów prawa, w szczególności kanalizacja ze ściekami przemysłowymi jest kanalizacją sanitarną. Stwierdził, iż brak jest dowodu, co do braku doświadczenia osób przewidzianych do wykonania zamówienia, w szczególności dotyczy to kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych, z których pierwszy jest pracownikiem wykonawcy, a drugi związany stosunkiem zlecenia.

Zauważył, że przedstawiona przez Odwołującego mapa z lipca 2018 nie obejmuje zakresu wszystkich prac. Jest to projekt budowlany zamienny hali, a prace referencyjne według wykazu były wykonywane od 05.03.2018 do 31.10.2018 i z tego wynika, iż mapa nie odzwierciedla pełnego zakresu robót. Podkreślił, że wykaz robót oraz referencje tego dotyczące są spójne co do treści. Zamawiający podtrzymał stanowisko. Stwierdził, że przebadał i oceniał złożone przez wykonawcę dokumenty z należytą starannością. Złożone referencje są wiarygodne, a pismo wystawcy, uzyskane w związku z wniesieniem odwołania, potwierdziło poprawność dokonanej oceny. Stwierdził, że złożoną mapę należy odczytywać zgodnie z treściami w niej zawartymi, z czego wynika, iż dotyczy ona projektu zamiennego, dotyczącego fragmentu całości projektu budowalnego.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i własne zawarte w złożonym piśmie. Przypomniał, że oferując wykonanie zadania oparł się na oświadczeniu podwykonawcy i dotyczy to w szczególności prac wykonanych w 2018 r. w okresie od 05.03.2018 do 31.10.2018. Zauważył, że oznaczenie miejsca prac referencyjnych w złożonej mapie i we własnym wykazie jest identyczne przez wskazanie ulicy Bierutowskiej we Wrocławiu. Przypomniał, że złożona że mapa została sporządzona w lipcu 2018, a zatem może wskazywać na prace wykonane wcześniej, obejmuje także tylko jedną halę, a zatem dotyczy wycinka robót. Tym samym treść mapy nie dowodzi, że wykonawca nie wykonał prac w deklarowanym rozmiarze. Podtrzymał stanowisko także co do pozostałych zarzutów, wskazując między innymi na poprawność zamiaru posłużenia się podwykonawcami i posiadanie wymaganych kwalifikacji przez osoby przewidziane do realizacji zamówienia. Stwierdził, że złożone referencje precyzyjnie potwierdzają spełnienie wymaganego warunku. Stwierdza, że ze złożonej mapy nie wynika odmienna ocena, w tym brak jest dowodu, co do rzeczywistego zakresu prac obejmujących wykonanie kanalizacji. Wskazał na ciężar dowodu w postępowaniu i zauważył, że Zamawiający, który otrzymał prawidłowe dokumenty, nie miał podstaw przeprowadzenia dodatkowego postępowania wyjaśniającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, co nie było kwestionowane przez uczestników postępowania odwoławczego.
Oceniając zasadność podstawowego zarzutu odwołania kwestionującego poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie oceny i dokonania wyboru oferty WASBUD jako najkorzystniejszej, orzekający stwierdza, co następuje.

Zgodnie z treścią Sekcji IX pkt 2 ppkt 1) SIWZ - IDW, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w zakresie warunków udziału dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie min. 2,5 km kanalizacji sanitarnej;

Na potwierdzenie w Wykazie Wykonanych Robót wybrany wykonawca tj. WASBUD wskazał realizację „Budowa kanalizacji sanitarnej o długości 2687 mb zrealizowaną na rzecz Przedsiębiorstwa Ogólnobudowlanego SAN-EL J. S.(2), Sobiałkowo 35a, 63-910 Miejska Górka. Jako miejsce wykonania wskazano Wrocław, ul. Bierutowska.

Załączone na okoliczność prawidłowego wykonania roboty budowlanej Referencje z dnia 31 października 2018 r. przedłożone przez WASBUD wskazują w swej treści, że firma P.H.U.P. „KAMEL" J. S. cyt. „(...) wykonywała roboty budowlane na budowie dwóch hal we Wrocławiu ul. Bierutowska: Sieć kanalizacji grawitacyjnej z przyłączami zakres średnic fi160 do fi200 - 2687 m". W odróżnieniu od twierdzeń odwołującego skład orzekający stwierdza, że nie występuje sprzeczność lub niezgodność między treścią wykazu, w którym wskazano na wykonanie kanalizacji sanitarnej, a referencjami, gdzie użyto sformułowania „kanalizacja grawitacyjna." Wielokrotnie w toku postępowania strony wskazywały na nomenklaturę stosowaną przy precyzowaniu rodzajów kanalizacji zarówno ze względu na pełnioną funkcję (przeznaczenie), jak i sposób odprowadzania ścieków urządzeniami kanalizacyjnymi. Nazewnictwo w tym zakresie, tak stosowane w przepisach prawa, jak i w opracowaniach technicznych, w istocie nie powinno budzić wątpliwości jakkolwiek nie zawsze jest jednoznacznie rozumiane. Izba zauważa, że określenie kanalizacja sanitarna, które zostało użyte w opisie przedmiotu zamówienia i samej nazwie zamówienia jest powszechnie używane jakkolwiek nie zdefiniowane wprost w przepisach prawa. Uprawnione jest, w braku odmiennych, rozumienie pojęcia jako urządzeń, z reguły sieciowych służących odprowadzaniu substancji płynnych zbędnych człowiekowi, a celem takich czynności jest szeroko pojęte zdrowie i higiena. W konsekwencji Izba stoi na stanowisku zasadności szerokiego rozumienia określenia kanalizacja sanitarna nie wykluczając zaliczania do niej odprowadzania ścieków bytowych, przemysłowych, a także opadowych czy roztopowych. Tym samym teza odwołania, że kanalizacja grawitacyjna nie jest kanalizacją sanitarną, jest

w ocenie składu orzekającego, z gruntu nieuzasadniona.

W przedmiotowym zakresie, wobec zgodności, jak wynika z powyższego twierdzenia, treści wykazu robót oraz referencji tych robót dotyczących, nie doszło do podania nieprawdziwym informacji, z winy wykonawcy, przedstawionych przez wykonawcę – przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego.

W tym zakresie brak jest podstaw do uznania, że zamawiający dokonując badania i oceny ofert naruszył zasady ustawy pzp, w szczególności uchybił staranności. Przedstawione mu dokumenty nie budziły bowiem wątpliwości.

Jednakże w toku postępowania odwoławczego, które toczy się w okresie trwania nadal postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaistniała nowa istotna okoliczność mająca znaczenie w sprawie, to jest przedstawiony został dowód mogący wskazywać, iż zaskarżenie czynności wyboru oferty było uzasadnione.

Jako wiarygodny, a co najmniej zasługujący na uwagę dokument, Izba uznała złożoną na rozprawie przez odwołującego mapę działki nr 8/15 przy ul. Bierutowskiej, obręb ewidencyjny Psie Pole 0059 AM10, jednostka ewidencyjna 026401_1. Wobec braku przeciwnego dowodu informacje z tego dokumentu zasługują na uwzględnienie. Podstawowe dane tekstowe w niej zawarte to: „Mapa do celów projektowych skali 1:500, tytuł rysunku: projekt zagospodarowania terenu, specjalność: Architektura, Stadium: Projekt budowlany zamienny, Data: 07.2018. Nazwa inwestycji: Projekt budowlany zamienny budowy hali produkcyjno-magazynowej wraz z zapleczem socjalno-biurowym oraz infrastrukturą towarzyszącą – w zakresie zmiany rodzaju inwestycji na budowę dwóch hal (magazynowej DC-03 i produkcyjno-magazynowej DC-04) z równoczesną zmianą zagospodarowania terenu przy ul. Bierutowskiej we Wrocławiu na działce nr 8/15, AM-10, obręb Psie Pole. Zaznaczono metrach długości sieci projektowanejw metrach z pomiaru wykonawcy na mapie: Woda 114, woda pożarowa 636, kanalizacja sanitarna 457, kanalizacja deszczowa – drogi 635, kanalizacja deszczowa – dachy 376 mb.”

Z analizy mapy można wnioskować, że dotyczy istotnie obiektu i inwestycji, na której była wykonywana robota budowlana, stanowiąca prace referencyjne. Z wiarygodnego wyliczenia dokonanego przez odwołującego wynika, że kanalizacja sanitarna ma 449 m. Z mapy wynika, że w ramach inwestycji wykonano również kanalizację deszczową. Abstrahując od typów kanalizacji, z odesłaniem do stanowiska Izby powyżej, wybudowanych w ramach tej inwestycji, łączna suma długości typów kanalizacji nie przekracza wymaganych postanowieniami siwz 2500 m, ponieważ wynosi ok. 2 217m wbrew deklarowanej w ofercie długości 2687 m. Jak wynika z zsumowania długości wykonanych kanalizacji, w tym kanalizacji deszczowej łączna długość wynosi około 2217 m, w tym ok. 449 m kanalizacji sanitarnej i ok. 1751 m deszczowej.

W tym świetle uzasadnione jest twierdzenie, oparte na informacja zawartych we wskazanym i złożonym dowodzie, że w ramach kwestionowanej inwestycji nie wykonano kanalizacji sanitarnej o długości wymaganej przez zamawiającego.

Okoliczność powyższa uzasadnia konieczność ponowienia badania i oceny oferty, a w jej toku przez żądanie stosownych dowodów, jak i wyjaśnień od wykonawcy, którego zarzuty dotyczą. W zależności od wyniku zamawiający dokona oceny skuteczności udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, które co do zasady, w szczególności jako podwykonawcy, mogą być przez wykonawcę wskazywani w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W takim stanie rzeczy należy stwierdzić, że w aktualnej sytuacji doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 pzp w zakresie zaniechania stosownym wyjaśnień lub uzupełnień niezależnie od oceny, czy miały miejsce uchybienia w toku prowadzonego postępowania.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……